ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL

Secretaría Jurídica Distrital
Alcaldía Mayor de Bogotá
Radicado 2-2016-90284
Fecha: 16/08/2016 11:34:45
Destino: FUNDACIÓN GILBERTO ALZATE AVEDAÑO
Copia: N/A
Anexos: N/A

2310460

Bogotá, D.C.,

Doctora
MÓNICA MARÍA RAMÍREZ HARTMAN
Directora General
Fundación Gilberto Alzate Avendaño
Calle 10 No. 3-16
Ciudad

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto. Radicado No. 1-2016-32361.

Respetada doctora Ramírez:

Esta Dirección recibió la solicitud del asunto, en la que requiere la emisión de un concepto sobre el planteamiento transcrito a continuación, de acuerdo con los hechos descritos en el mencionado escrito:

> "*En consecuencia, le solicitamos respetuosamente, su concepto en relación con la legalidad del nombramiento de la señora Juliana Díez Franco, teniendo en cuenta que a la luz del Decreto 2484 de 2014, (...) cumplía con los requisitos exigidos, pero como en el momento del nombramiento no se había ajustado el manual de funciones por parte de la Fuga se ha entendido que NO cumplía, no obstante que no hay duda de cara al contenido de este Decreto, que tenga las competencias académicas para el ejercicio del cargo, de haber ajustado la FUGA el manual de funciones y de competencias laborales, para el momento del nombramiento y haberse adoptado, el concepto de las equivalencias de los núcleos básicos del conocimiento (NBC), que contienen las disciplinas académicas o profesionales, según la clasificación en el Sistema Nacional de información de la Educación Superior (SNIES), como se señala en el Decreto 2484 de 2014, a sí las cosas, los requisitos aportados para la posesión de la señora Díaz Franco, no solo hubieran sido suficientes sino que excedían lo requerido en las equivalencias, según los términos y condiciones establecidas en el artículo 4° del Decreto 040 de 2012, que cita la resolución No. 091 de 5 de julio de 2012, que modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para la Fundación Gilberto Alzate Avendaño.*".

Previamente a abordar el análisis del tema, resulta procedente señalar que el artículo 34 del Decreto Distrital 654 de 2011, en relación con la solicitud de conceptos jurídicos a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., establece lo siguiente:

"*Podrán solicitar concepto jurídico a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor, los/las Jefes/as de las entidades y organismos distritales, o a través o de los/las jefes/as o directores/as de las Oficinas Jurídicas, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

34.1. Las consultas deberán realizarse por escrito y contendrán una formulación clara y precisa del punto materia de cuestionamiento, duda o desacuerdo, respecto a la interpretación de un determinado texto jurídico.

34.2. La solicitud de consulta deberá acompañarse del pronunciamiento de la oficina jurídica de la correspondiente entidad u organismo distrital solicitante." (Subrayado fuera del texto).

Para este efecto, es necesario aclarar que los conceptos a que alude la mencionada disposición, eran expedidos por la Dirección Jurídica Distrital de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., atendiendo la función contenida en el numeral 2 del artículo 26 del Decreto Distrital 267 de 2007, subrogado por el artículo 2 del Decreto Distrital 502 de 2009, a su vez modificado y adicionado por el artículo 6 del Decreto Distrital 456 de 2015, que consistía en "*2. Asistir y apoyar jurídicamente al/la Alcalde/sa) Mayor de Bogotá, D.C., a su Despacho y al/a Secretario/a General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C.*".

No obstante y para efectos de la expedición del concepto requerido, debe aclararse que el parágrafo del artículo 7 del Acuerdo Distrital 638 de 2016[1], estableció que: "*Los negocios, funciones y asuntos que venían siendo asumidos por la Dirección Jurídica Distrital de la Secretaria General, serán asumidos por la Secretaria Distrital de Asuntos Jurídicos en el estado en que se encuentren.*".

En ese sentido, cabe precisar que el numeral 5 del artículo 11 del Decreto Distrital 323 de 2016, asignó a la Dirección Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos, la función de "*Expedir los conceptos jurídicos que sean requeridos a la Secretaría Jurídica Distrital, siempre y cuando no correspondan a otra dependencia*", función que para su ejercicio, y en tratándose de solicitudes de conceptos requeridos por las entidades y organismos distritales, deben estar en armonía con lo dispuesto por el precitado artículo 34 del Decreto Distrital 654 de 2011, la asunción de negocios de que trata el artículo 7 del Acuerdo Distrital 638 de 2016, y el reparto de competencias efectuado por el Alcalde Mayor, a través del citado Decreto Distrital 323 de 2016, por el cual se establece la estructura organizacional de la Secretaría Jurídica Distrital.

De lo anterior se deriva la competencia de esta dependencia para emitir el pronunciamiento solicitado por la Directora (e) de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño.

En el presente caso, se allega el pronunciamiento exigido de manera imperativa por el artículo 34 del Decreto Distrital 654 de 2011, proferido por la Oficina Asesora Jurídica de la

[1] Por medio del cual se modifica parcialmente el Acuerdo 257 de 2006, se crea el Sector Administrativo de Gestión Jurídica, la Secretaría Jurídica Distrital, se modifican las funciones de la Secretaría General, y se dictan otras disposiciones.

Fundación Gilberto Alzate Avendaño, de conformidad con las funciones asignadas a dicha dependencia por el artículo 1 de la Resolución 158 de 2015[2], expedida por la Directora General de la entidad.

Con base en lo expuesto y para efectos del pronunciamiento, el mismo se dividirá en los siguientes 5 ítems: 1. Hechos descritos en la solicitud; 2. Concepto de la Oficina Asesora Jurídica de la FUGA sobre la temática objeto de consulta; 3. Referencia a los documentos aportados por la servidora al momento de su posesión y requisitos previstos en el Manual de Funciones de la FUGA para el cargo de la servidora Juliana Díaz Franco; y 4. Consideraciones sobre el caso objeto de consulta y conclusión.

1. Hechos descritos en la solicitud.

A continuación se resumen los hechos descritos en la solicitud de concepto, los cuales se sintetizan así:

- La Fundación Gilberto Alzate Avendaño -FUGA- expidió la Resolución 091 del 5 de julio de 2012, mediante la cual modificó el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal, estableciendo como requisitos de estudio para el cargo denominado Profesional Especializado, Código 222, Grado 03, los de "*Título profesional en Administración de Empresas, Ingeniería Industrial ó administración Pública ó formación profesional en artes plásticas o visuales, ó diseño gráfico, ó museografía o historia, ó diseño industrial ó cine y televisión ó música*".

- Por medio de la Resolución No. 21 del 23 de enero de 2015, la FUGA nombró a la señora Juliana Díaz Franco en el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 03.

- La señora Juliana Díaz Franco se posesionó el 29 de enero de 2015, según consta en el acta de posesión, y para acreditar los estudios exigidos aportó los siguientes documentos:

- Título de Profesional en Ciencias Humanas y Sociales, expedido por la Universidad de París I Pantheon – Sorbonne – Francia, el cual fue convalidado por la Directora de Calidad para la Educación Superior del Ministerio de Educación Nacional, mediante la Resolución 11859 del 15 de diciembre de 2011, convalidando el título como equivalente al de Profesional en Ciencias Humanas y Sociales.

- Título de Especialista en Ciencias Humanas Énfasis Historia del Arte, expedido por la Universidad de París I Pantheon – Sorbonne – Francia, el cual fue convalidado por la Directora de Calidad para la Educación Superior del Ministerio de Educación Nacional, mediante la Resolución 9001 del 13 de octubre de 2011, convalidando el título como equivalente al de Profesional en Ciencias Humanas Énfasis Historia del Arte.

[2] "*1. Definir criterios y lineamientos jurídicos para la expedición de conceptos y directrices que deba expedir la Entidad de acuerdo con la normatividad vigente*" y "*4. Estudiar y Proyectar los actos administrativos, solicitados por la Dirección General y las Gerencias de la Entidad, así como los que se requieran en desarrollo de los procesos contractuales y trámites jurídicos que sean de su competencia, cumpliendo con la normatividad vigente*".

- Título de Magister en Ciencias Humanas y Sociales, Historia del Arte, expedido por la Universidad de París I Pantheon – Sorbonne – Francia, el cual fue convalidado por la Directora de Calidad para la Educación Superior del Ministerio de Educación Nacional, mediante la Resolución 7798 del 15 de septiembre de 2011, convalidando el título como equivalente al de Magister en Ciencias Humanas y Sociales, Historia del Arte.

- El 1 de septiembre de 2015, el profesional de Recursos Humanos informó a la señora Juliana Díaz Franco, que no cumplía con los requisitos para el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 03 de la planta global de la FUGA, en cuanto a la formación académica, porque los títulos aportados no se encontraban dentro de las disciplinas exigidas en el manual específico de funciones y competencias laborales para el desempeño del mismo, debiendo actuar conforme a lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, procediendo a solicitar a la señora Díaz Franco, el consentimiento previo, expreso y escrito para revocar la Resolución 21 del 23 de enero de 2015, atendiendo lo dispuesto por el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA.

- Mediante escrito de radicado No. 0985 del 28 de septiembre de 2015, la señora Juliana Díaz Franco presentó renuncia motivada.

- Mediante comunicación No. 0626 del 30 de septiembre de 2015, el Profesional de Recursos Humanos y la Subdirectora Administrativa de la FUGA, le comunican a la señora Juliana Díaz Franco, que su renuncia no puede ser aceptada, por cuanto la misma se encuentra motivada.

- El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2484 del 2 de diciembre de 2014[3], el cual establecía un término de 6 meses siguientes a su publicación, para que los organismos y entidades de orden territorial ajustaran sus manuales específicos de funciones y de competencias laborales.

- El citado Decreto 2484 de 2014 señaló que las entidades y organismos identificarán en el manual de funciones y de competencias laborales, los Núcleos Básicos del Conocimiento (NBC) que contengan las disciplinas académicas o profesiones, de acuerdo con la clasificación establecida en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES), tal como se detalló en el artículo 5 ídem.

- La señora Juliana Díaz Franco aportó como requisito de estudio, el título de Profesional en Ciencias Humanas y Sociales, "*que convalida la profesión de pregrado, en la Disciplina Académica: Área de conocimiento Ciencias Humanas y Sociales, en el núcleo básico de conocimiento denominado Historia*".

- Para la fecha del nombramiento de la señora Juliana Díaz Franco, la FUGA no había ajustado el manual específico de funciones y de competencias laborales.

[3] Por el cual se reglamenta el Decreto-ley 785 de 2005.

- La entidad consideró necesario revocar el nombramiento de la señora Juliana Díaz Franco, por lo que el Comité de Conciliación decidió, el 18 de noviembre de 2015, autorizar que se promoviera ánimo conciliatorio, con el fin de lograr la autorización de la señora Juliana Díaz Franco para la revocatoria del acto administrativo mediante el cual fue nombrada.

- El 9 de marzo de 2016 se realizó la audiencia de conciliación, resultando fallida, por falta de ánimo conciliatorio de la parte convocada, dándose por terminado el procedimiento extrajudicial por la Procuradora 129 Judicial II para Asuntos Administrativos (e).

- Se consideró necesario reunir nuevamente al Comité de Conciliación, para solicitar concepto teniendo en cuenta lo dispuesto por el "*Decreto Nacional 2474 de 2014*".

- La FUGA considera necesario hacer la consulta para tener certeza del respeto al derecho fundamental al trabajo.

2. Concepto de la Oficina Asesora Jurídica de la FUGA sobre la temática objeto de consulta.

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño -FUGA, describe algunos de los mismos hechos referidos en el numeral 1 anterior, y adicionalmente hace las siguientes precisiones:

- Transcribe el artículo 5 del Decreto Nacional 2484 de 2014, mencionando que las entidades, a partir del 2 de diciembre de 2014, debían identificar en el manual de funciones y de competencias laborales, los núcleos básicos del conocimiento (NBC), que contengan las disciplinas académicas o profesiones, según la clasificación en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES), tal y como se señala en la disposición referida.

- Indica que la señora Juliana Díaz Franco, según lo exigido en el Decreto 2484 de 2014, aportó como requisito de estudio el título de Profesional en Ciencias Humanas y Sociales, que convalida la profesión de pregrado en la disciplina académica: Área de conocimiento Ciencias Humanas y Sociales, en el núcleo básico del conocimiento denominado Historia.

- Refiere que la Resolución 091 del 5 de julio de 2012, mediante la cual se modificó el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la FUGA, no se encontraba ajustada al Decreto 2484 de 2014, al momento de efectuar al nombramiento de la señora Juliana Díaz Franco.

- Reseña el contenido del artículo 7 ídem, conforme al cual "*Cuando para el desempeño de un empleo se exija titulación en una modalidad de educación de pregrado o de formación avanzada o de posgrado, se entenderá cumplido el requisito de formación académica correspondiente cuando se acredite título académico en un nivel de formación superior al exigido en el respectivo manual de funciones y de competencias laborales*", lo cual ocurrió con los títulos acreditados por la señora Juliana Díaz Franco.

- Expresa que el artículo 9 ibídem, dispuso que las entidades debían ajustar sus manuales de funciones y competencias laborales dentro de los 6 meses siguientes a la publicación del Decreto, y que los manuales vigentes continuarían rigiendo hasta que se ajustaran total o parcialmente.

- Concluye que si bien es cierto que la señora Juliana Díaz Franco, al momento de acreditar los requisitos señalados por el Manual de Funciones, no cumplía de manera idéntica con la denominación de los títulos en la forma establecida por dicho Manual, también es cierto que según el Decreto Nacional 2484 de 2014, en cuanto a la denominación del área de conocimiento y núcleo básico, no sólo lo estaba cumpliendo, sino que acreditó formación superior a la exigida para el cargo, no obstante que la FUGA no había ajustado la Resolución 091 de 2012, por cuanto para dicha fecha no le era obligatorio, tal y como lo estableció el artículo 9 del Decreto 2484 de 2014.

- Considera entonces frente a la legalidad del nombramiento, a la luz del Decreto 2484 de 2014, que la señora Juliana Díaz Franco cumplía con los requisitos exigidos, pero que como al momento del nombramiento no se había ajustado el manual de funciones de la FUGA, se ha entendido que no cumplió con los requisitos. No obstante, considera que no hay duda, de cara al contenido del Decreto 2484 de 2014, que tenga las competencias académicas para el ejercicio del cargo, de haber ajustado el manual de funciones y competencias laborales para el momento del nombramiento, y adoptar el concepto de las equivalencias de los núcleos básicos de conocimiento -NBC- que contienen las disciplinas académicas o profesionales, según la clasificación del SNIES.

- Manifiesta que no es de recibo fundamentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, para solicitar la nulidad de la Resolución 021 de 2015, mediante la cual se nombró a la señora Juliana Díaz Franco en el cargo, por cuanto la formación acreditada antes de su posesión, corresponde a lo requerido por el Decreto 2484 de 2014 para el ejercicio del cargo, lo cual hace que se acepte que desde el momento de la posesión demostró poseer las competencias requeridas para el ejercicio del cargo.

- Finalmente señala que el concepto aludido se efectúa, para que se eleve consulta "*sobre la legalidad del nombramiento de la señora Juliana Díaz Franco, teniendo en cuenta los documentos que acreditó, como requisitos al momento de su posesión, a la luz de lo establecido en el artículo 5 del Decreto 2474 del 2 de Diciembre de 2014, toda vez que se hace necesario establecer si es procedente la interposición de la demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho o si se debe mantener vigente el nombramiento, teniendo en cuenta las equivalencias de la norma en cita frente a los títulos homologados*".

3. Referencia a los documentos aportados por la servidora al momento de su posesión y requisitos previstos en el Manual de Funciones de la FUGA para el cargo de la servidora Juliana Díaz Franco.

Junto con la solicitud de concepto, se allega copia de la Resolución 091 del 5 de julio de 2012, "*Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño*" en la que en relación con los requisitos de estudio para el cargo de Profesional Especializado, Código 222 Grado 03, para el cual fue nombrada la servidora Juliana Díaz Franco, se establece lo siguiente:

I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel:	Profesional
Denominación del Empleo:	Profesional Especializado
Código:	222
Grado:	03
N° de cargos:	Tres (3)
Dependencia:	Donde se ubique el cargo
Cargo del Jefe Inmediato:	Quien ejerza la supervisión directa
SUBDIRECCIÓN OPERATIVA – ÁREA DE ARTES PLASTICAS	

VI. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA	
Estudios	Experiencia
Título profesional en Administración de Empresas, Ingeniería Industrial ó administración Pública ó formación profesional en artes plásticas o visuales, ó diseño gráfico, ó museografía o historia, ó diseño industrial ó cine y televisión ó música. Título de postgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del empleo.	Diez y ocho (18) meses de experiencia profesional relacionada.

Adicionalmente se allega copia de la Resolución 021 del 23 de enero de 2015, mediante la cual se nombra a la servidora Juliana Díaz Franco en el cargo de Profesional Especializado, Código 222 Grado 03, de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, así como copia del acta de posesión del 29 de enero de 2015, en la que se indica que presentó, entre otros documentos, las certificaciones de estudio.

También se allega copia de algunos títulos expedidos por la Universidad de París I - Panthéon – Sorbonne, de la República de Francia, y de las siguientes Resoluciones de la Directora de Calidad para la Educación Superior del Ministerio de Educación Nacional:

- Resolución 11859 del 15 de diciembre de 2011, convalidando y reconociendo para todos los efectos académicos y legales en Colombia, el título de "*LICENCE SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES, MENTION HISTOIRE DE L'ART ET ARCHÉOLOGIE*", otorgado el 7 de noviembre de 2006, por la "*UNIVERSITÉ PARIS 1 – PANTHÉON – SORBONNE, a Juliana Díaz Franco, como equivalente al título de PROFESIONAL EN CIENCIAS HUMANAS Y*

SOCIALES, que otorgan las instituciones de educación superior colombianas, de acuerdo con la Ley 30 de 1992.".

- Resolución 9001 del 13 de octubre de 2011, convalidando y reconociendo para todos los efectos académicos y legales en Colombia, el título de "*MAITRISE SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES, MENTION HISTOIRE DE L'ART*", otorgado el 12 de octubre de 2007, por la "*UNIVERSITÉ DE PARIS 1 – PANTHÉON – SORBONNE*", a Juliana Díaz Franco, "*como equivalente al título de ESPECIALISTA EN CIENCIAS HUMANAS, ÉNFASIS HISTORIA DEL ARTE, que otorgan las instituciones de educación superior colombianas, de acuerdo con la Ley 30 de 1992.*".

- Resolución 7798 del 15 de septiembre de 2011, convalidando y reconociendo para todos los efectos académicos y legales en Colombia, el título de "*MASTER SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES, À FINALITÉ RECHERCHE, MENTION HISTOIRE DE L'ART*", otorgado el 19 de octubre de 2009, por la "*UNIVERSITÉ DE PARIS I – PANTHÉON – SORBONNE*", a Juliana Díaz Franco, "*como equivalente al título de MAGISTER EN CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES, HISTORIA DEL ARTE, que otorgan las instituciones de educación superior colombianas, de acuerdo con la Ley 30 de 1992.*".

4. Alcance y delimitación del concepto a emitir por la Dirección Distrital de Doctrina y Asuntos normativos.

Al respecto, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 del Acuerdo 002 de 1999[4], proferido por la Junta Directiva de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, dicha entidad es un establecimiento público del nivel distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Por otra parte, el artículo 8 ídem asigna al/la Director/a General de la Fundación, el ejercicio de las funciones de: "*9. Nombrar, remover y dar posesión a los funcionarios de la Fundación, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes*" y de "*16. Distribuir los empleos de la planta de personal de la Fundación, de acuerdo con su naturaleza y responsabilidades, fundado en razón de las necesidades del servicio o de la modernización de la administración*".

En ese orden de ideas, el presente concepto se emite de manera general y abstracta, con el alcance del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y sin que las consideraciones, conclusiones, respuestas y planteamientos expuestos, estén dirigidos a resolver casos particulares que la entidad a su cargo, en ejercicio de la autonomía administrativa de la que esta investida, debe resolver, en especial lo relacionado con el ejercicio de la facultad nominadora de la entidad y el manejo del personal vinculado a la misma, en la que no tiene injerencia esta Dirección, ni ningún otro organismo distrital.

[4] Por el cual se adoptan los Estatutos de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño y se modifica su estructura orgánica.

Así mismo, se aclara que de manera alguna se hará pronunciamiento en torno a la legalidad o no de la Resolución 021 del 23 de enero de 2015, mediante la cual se nombra a la servidora Juliana Díaz Franco en el cargo de Profesional Especializado, Código 222 Grado 03, de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, por cuanto dicho juicio de legalidad escapa a las funciones atribuidas por el artículo 11 del Decreto Distrital 324 de 2016 a la Dirección Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos, correspondiendo dicho control a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

4. Consideraciones sobre el caso objeto de consulta y conclusión.

Revisado el manual de funciones de la FUGA, se evidencia que para el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 03, para el que fue nombrada la servidora Juliana Díaz Franco, se exigían como requisitos de estudio "*Título profesional en Administración de Empresas, Ingeniería Industrial ó administración Pública ó formación profesional en artes plásticas o visuales, ó diseño gráfico, ó museografía o historia, ó diseño industrial ó cine y televisión ó música*" y "*Título de postgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del empleo*".

En cuanto al título profesional, al revisar los documentos allegados con la solicitud de concepto, se observa de su contenido y particularmente de la copia de la Resolución 11859 del 15 de diciembre de 2011 emitida por la Directora de Calidad para la Educación Superior del Ministerio de Educación Nacional, que convalida y reconoce para todos los efectos académicos y legales en Colombia, el título de "*LICENCE SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES, MENTION HISTOIRE DE L'ART ET ARCHÉOLOGIE", otorgado el 7 de noviembre de 2006, por la UNIVERSITÉ PARIS 1 – PANTHÉON – SORBONNE, a Juliana Díaz Franco*", como equivalente al título de PROFESIONAL EN CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES.

Ahora bien, al revisar el artículo 5 del Decreto Nacional 2484 de diciembre 2 de 2014, el mismo establece que "*Para efectos de la identificación de las disciplinas académicas de los empleos que exijan como requisito el título o la aprobación de estudios en educación superior, de que trata el artículo 23 del Decreto-ley 785 de 2005, las entidades y organismos identificarán en el manual de funciones y de competencias laborales los Núcleos Básicos del Conocimiento (NBC) que contengan las disciplinas académicas o profesiones, de acuerdo con la clasificación establecida en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES),(...)*", señalando para el área del conocimiento "*CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS*", el Núcleo Básico del Conocimiento, entre otros, de "*Historia*".

El Decreto Nacional 1767 de 2006 reglamentó el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior – SNIES, cuyo objetivo es el de mantener y divulgar la información de las instituciones y los programas de educación superior, con el fin de orientar a la comunidad sobre la calidad, cantidad y características de los mismos, y cuyos objetivos, entre otros, son los de:

"a) Constituirse en el sistema de información de referencia de la educación superior, que permita orientar a la comunidad con información oportuna y confiable para la toma de decisiones; (...)

c) Brindar al país y a la comunidad internacional información para realizar los procesos de planeación, gestión y evaluación del sector; (...)".

Así, resulta claro que de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa del Decreto Nacional 2484 de 2014, el SNIES "*cuenta con una estructura de clasificación de los diferentes programas académicos agrupados en áreas del conocimiento y núcleos básicos del conocimiento, que clasifican campos, disciplinas académicas o profesiones esenciales*".

Igualmente señala el citado Decreto, que: "*para la determinación de las disciplinas académicas o profesiones a prever en los manuales específicos de funciones y de competencias laborales, es necesario tener en cuenta la agrupación de estas conforme a la clasificación determinada en los núcleos básicos del conocimiento definidos en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES), con el propósito de hacer efectivo el acceso al empleo público en igualdad de condiciones de quienes cuentan con una profesión perteneciente a un mismo ramo del conocimiento;*".

En consecuencia, para la determinación de las profesiones que deben contener los manuales específicos de funciones y de competencias laborales, como requisitos de estudio para determinados cargos, es necesario tener en cuenta la clasificación efectuada en los núcleos básicos del conocimiento definidos en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior -SNIES.

Con todo, el artículo 9 del citado Decreto 2484 de 2014, establece la obligación de los organismos y entidades territoriales de ajustar los manuales específicos de funciones y de competencias laborales, dentro de los 6 meses siguientes a la publicación del mismo, y señala que los manuales específicos vigentes continuarán rigiendo hasta que se ajusten total o parcialmente.

No obstante, como requisito de estudio para el cargo de profesional especializado código 222, grado 03, de la FUGA, se exige tener formación profesional, entre otras disciplinas académicas, de artes plásticas, o visuales, o historia, sin que para esta última, es decir, para el de formación profesional en historia, se exija un énfasis especial, tales como historia del arte, o de otra modalidad, por cuanto el mencionado Manual sólo exige formación profesional, entre otras disciplinas, en historia.

De otra parte, al revisar la Resolución 11859 del 15 de diciembre de 2011, del Ministerio de Educación Nacional, se menciona en uno de sus considerandos, que el título de "*LICENCE SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES, MENTION HISTOIRE DE L'ART ET ARCHÉOLOGIE*", otorgado el 7 de noviembre de 2006, por "*UNIVERSITÉ PARIS 1 – PANTHÉON – SORBONNE, FRANCIA*", a Juliana Díaz Franco, es equivalente al de PROFESIONAL EN CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES, y por ello convalida y reconoce

para todos los efectos académicos y legales en Colombia, el título obtenido por la señora Juliana Díaz Franco, como equivalente al título de PROFESIONAL EN CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES.

En esa perspectiva resulta claro que, si bien es cierto que al momento de efectuar el nombramiento de la señora Juliana Díaz Franco, en el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 03, de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, efectuado mediante la Resolución 021 del 23 de enero de 2015, no se había actualizado el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Persona; también es cierto que para esa fecha, ya había sido expedido el Decreto Nacional 2484 de 2014, que aunque otorgaba un plazo de 6 meses contados a partir del 2 de diciembre del mismo año 2014, para que las entidades y organismos del nivel territorial ajustarán sus manuales específicos de funciones y de competencias laborales, establecía en su artículo 5, que "*Para efectos de la identificación de las disciplinas académicas de los empleos que exijan como requisito el título o la aprobación de estudios en educación superior, de que trata el artículo 23 del Decreto-ley 785 de 2005, las entidades y organismos identificarán en el manual de funciones y de competencias laborales los Núcleos Básicos del Conocimiento (NBC) que contengan las disciplinas académicas o profesiones, de acuerdo con la clasificación establecida en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES), , tal como se señala a continuación:*

ÁREA DEL CONOCIMIENTO	***NÚCLEO BÁSICO DEL CONOCIMIENTO***
(...) CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS *(...)*	*(...) Geografía, Historia. (...)."*

Por lo anotado, el artículo 5 del Decreto Nacional 2484 del 2 de diciembre de 2014, clasificó el núcleo básico del conocimiento de "*historia*" dentro del área del conocimiento de "*Ciencias Humanas y Sociales*", lo cual debería haber sido tenido en cuenta por la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos de estudio, requeridos para el cargo en el cual fue nombrada la señora Juliana Díaz Franco, máxime cuando la Resolución 11859 de 2011 proferida por el Ministerio de Educación Nacional, convalidó el título acreditado por la señora Juliana Díaz, como Profesional en Ciencias Humanas y Sociales, que comprende, entre otros núcleos básicos del conocimiento, el de historia, inmerso dentro de la denominación del título recibido en Francia, por la mencionada servidora.

Por lo expuesto, se puede concluir que el título de formación profesional en historia, exigido en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, para el cargo de Profesional Especializado, Código 222 Grado 03, de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, se acreditó con la entrega de las certificaciones de estudio (ver acta de posesión), y la Resolución 11859 de 2011 del Ministerio de Educación Nacional -MEN, máxime que como se anotó, para la fecha del nombramiento y de la posesión, ya había sido expedido el Decreto 2484 de 2014, que contiene la clasificación de las disciplinas académicas o profesiones que comprenden los núcleos básicos del conocimiento, y que a la vez están inmersas dentro de

las diferentes áreas del conocimiento, el cual fácilmente permitía aclarar que el título convalidado y reconocido para todos los efectos legales y académicos en Colombia, por el MEN, se ajustaba al requisito de estudio exigido para el ejercicio del cargo.

En tal sentido, corresponderá a la Fundación Gilberto Alzate Avendaño evaluar las situaciones evidenciadas en relación con el nombramiento de la señora Juliana Diaz Franco, y los títulos de formación profesional obtenidos, así como la convalidación y reconocimiento para todos los efectos legales y académicos de los mismos efectuado por parte del MEN, y que fueron presentados al momento de la posesión, a efecto de calificar previamente y determinar la existencia de argumentos válidos, que edifiquen la viabilidad real de instaurar cualquier acción o medio de control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en caso de que se considere que la servidora Juliuana Diaz Franco no cumplió o no cumple con los requisitos de estudio exigidos para el ejercicio del cargo para el cual fue nombrada.

Para ello podrá, si así lo estima pertinente, tener en cuenta los planteamientos, consideraciones y aspectos expuestos en el presente documento.

Dentro del análisis y adopción de la decisión de iniciar algún medio de control ante la jurisdicción mencionada, podrá considerarse que de conformidad con el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el artículo 5 del Decreto Nacional 2484 de 2014, expedido el 2 de diciembre de 2014, es decir, con anterioridad a la expedición de la Resolución 021 del 23 de enero de 2015 mediante la cual se efectuó el nombramiento de la señora Juliana Díaz Franco, es la noma sustancial que establece las diversas áreas del conocimiento dentro de las que se encuentran clasificadas las diversas disciplinas académicas de educación superior que comprenden los núcleos básicos el conocimiento; mientras que la actualización de los manuales de funciones para ajustarlos a los contenidos del artículo 5 del citado Decreto 2484 de 2014, es lo formal, para materializar los postulados de la norma sustancial.

Sobre dicho principio la Corte Constitucional ha sostenido que:

> "*Ya ha sostenido la Corte que "las formalidades son un medio de concreción del derecho sustancial y no un fin en sí mismo"(...). Es claro que las exigencias formales que consagra la ley para darle validez a ciertos actos deben ser observadas y tenidas en cuenta, pero su verificación no puede conllevar a que se sacrifiquen derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa o el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial. La administración, dentro de un proceso que adelante, no puede desconocer o ignorar sus propias actuaciones ni exigir el cumplimiento de un requisito que está acreditado dentro del mismo. Tal proceder desconoce el postulado de la buena fe que rige las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas (art. 83).*"[5].

[5] Sentencia T-1021/02.

Así mismo, el artículo 209 de la Constitución Política, consagra que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y se desarrolla con fundamento, entre otros principios, en el de economía, sobre el cual el Consejo de Estado ha considerado que:

> *"(...) el principio de economía, implica la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, para lo cual el administrador debe interpretar las normas de los procedimientos de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir. (...).*
>
> *Igualmente, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial las autoridades no pueden exigir sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales;"*[6].

Por otra parte, para la resolución del asunto de marras, por parte de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, deberá tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Política, que consagra el principio de la "*situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho*", el cual ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, tal y como se describe a continuación:

En la Sentencia C-594 de 1997, el Alto Tribunal Constitucional manifestó que:

> "Sin embargo, esta Corporación considera que esa hermenéutica no es admisible ya que desconoce principios constitucionales, y en especial la llamada *in dubio pro operario*, según la cual, en caso de duda sobre la interpretación de una norma laboral, siempre debe preferirse aquella que sea más favorable al trabajador. Nótese además que la Carta de 1991 constitucionalizó ese criterio hermenéutico, el cual dejó entonces de ser puramente doctrinal o legal, pues el artículo 53 superior lo incorpora expresamente como principio mínimo fundamental del estatuto del trabajo. Por consiguiente, y debido a que "las normas de la ley deben ser interpretadas y aplicadas del modo que mejor convenga a los mandatos constitucionales"[1], <u>es indudable que los servidores públicos deben aplicar las normas laborales teniendo en cuenta el principio *in dubio pro operario*</u>, pues el desconocimiento de ese criterio por los jueces ordinarios o los funcionarios del trabajo es un asunto que tiene en sí mismo relevancia constitucional. En efecto, esta Corporación ya había señalado al respecto:
>
> > *En otros eventos, la propia Carta ha establecido reglas de preferencia para escoger entre interpretaciones alternativas de una norma legal. Así sucede, por ejemplo, en materia laboral, puesto que el artículo 53 de la Constitución señala que, en caso de duda sobre el sentido de las fuentes formales del derecho, se deberá acoger aquella*

[6] Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, providencia del 3 de diciembre de 2007, radicación No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados.

interpretación que sea más favorable al trabajador. Igualmente, en materia penal, la Carta señala que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (CP. art. 29). Por todo lo anterior, debe entonces la Corte excluir las interpretaciones de disposiciones legales que sean manifiestamente irrazonables o que no respeten el principio de favorabilidad, por cuanto la atribución de un sentido irrazonable a un texto legal o la opción hermenéutica por el sentido desfavorable al capturado o al trabajador violan claros mandatos constitucionales[2]. (Subrayado fuera del texto).

Posteriormente en la Sentencia T-832A de 2013, la Corte Constitucional se refirió al principio de favorabilidad y al de *in dubio pro operario*, así como las diferencias entre ellos, en los siguientes términos:

"26. El artículo 53 de la Constitución Política contiene los principios protectores mínimos del derecho constitucional al trabajo, los que se dirigen a brindar amparo a la parte más débil de la relación laboral o de la seguridad social, corrigiendo la desigualdad fáctica o el desequilibrio económico que se presenta en dichos escenarios (Art. 13 C.P.). La Constitución garantiza la protección de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho a través de dos principios hermenéuticos íntimamente relacionados entre sí: (i) favorabilidad en sentido estricto e (ii) in dubio pro operario. A su turno, derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores (Art. 53 y 215 C.P.) se desprende (iii) la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.

27. Estos postulados orientan la aplicación e interpretación de los derechos al trabajo y la seguridad social al momento de resolver casos concretos. A continuación la Sala expondrá el contenido y alcance general de cada uno de ellos[7].

Los principios de favorabilidad e in dubio pro operario

28. El principio de **favorabilidad** se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos *vigentes* al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es

[7] El siguiente es el contenido del artículo 272 de la Ley 100 de 1993. *"Aplicación preferencial. El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.||En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia"*. Sin perjuicio de estos principios, en el campo de los derechos a la seguridad social y al trabajo también opera el principio de retrospectividad de la ley, el que sin embargo no se abordará en esta oportunidad. Sobre el contenido de este precepto puede consultarse la sentencia T-110 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas)

decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.

29. El legislador desarrolló el principio de favorabilidad en armonía con el criterio de conglobamento en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos: *"Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas **vigentes** de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. **La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad**"* (énfasis añadido). En acuerdo con el anterior precepto, el artículo 20 del mismo cuerpo normativo expresa: *"Conflictos de leyes. En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquéllas".* Cabe precisar, sin embargo, que el criterio de inescindibilidad o conglobamento no es absoluto y por ello admite diversas limitaciones atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad analizables en cada caso concreto *(Infra 59 y 60)*.

30. Brevemente y solo a modo de ilustración es pertinente indicar que la Sala de Casación Laboral ha modulado el criterio de conglobamento o inescindibilidad en diversas ocasiones, entre ellas en (i) Sentencia 39766 del 2 de agosto de 2011(M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza) en la que estimó procedente tomar en consideración el cumplimiento del requisito de densidad de cotizaciones de la *pensión de vejez*, para reconocer una *pensión de invalidez* a una persona que no reunía los presupuestos de acceso de esta última prestación. Lo anterior a pesar de que el asunto no envolvía un problema de conflicto entre disposiciones aplicables, sino la posibilidad de dar efectividad a la satisfacción del requisito de densidad de aportes de un sistema normativo más exigente (pensión de vejez), frente a otro diverso y menos arduo en la consolidación del presupuesto de cotización (pensión de invalidez) y; (ii) en Sentencia 29470 del 20 de abril de 2007 (M.P. Luis Javier Osorio) en la que el Tribunal de Casación estimó que en ausencia de disposición infraconstitucional que consagrara expresamente la obligación de actualizar el ingreso base de liquidación de la primera mesada de las pensiones de origen legal distintas a las consagradas en el sistema normativo de la Ley 100 de 1993, se apreciaba necesario aplicar la fórmula de indexación prevista en esta última legislación[8].

31. Asimismo, el propio legislador ha matizado el principio de conglobamento o indivisibilidad en distintas ocasiones. A manera de ejemplo se puede referir (i) el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que consagra los requisitos de acceso a la pensión de vejez. En su parágrafo 1 señala los periodos que podrán acumularse para el efecto,

[8] En esa dirección el Tribunal señaló: *"en los casos en los cuales procede la aplicación de la indexación para el salario base de las pensiones legales, distintas a las consagradas en la ley de seguridad social, o de aquellas no sujetas a su artículo 36, causadas a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, deben tomarse como pautas las consagradas en la mencionada Ley 100 de 1993; esto es, actualizando el IBL anualmente con el índice de precios al consumidor".* En este punto es necesario precisar que la jurisprudencia en vigor de la Sala de Casación Laboral se opone a la indexación de la primera mesada pensional de prestaciones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, mientras que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sí ordena dicho reconocimiento incluso en prestaciones consolidadas en vigor de la Constitución de 1886. Al respecto puede ser consultada la sentencia T-259 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas), entre muchas otras.

disponiendo la totalización de tiempos servidos y aportes efectuados en diversos regímenes; (ii) el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que establece que los beneficiarios de un afiliado que fallece habiendo cotizado el mínimo de semanas necesarias para el reconocimiento de una *pensión de vejez*, tienen derecho a una *pensión de sobrevivientes* y; (iii) el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 que al regular los requisitos de acceso a la **pensión de invalidez** consagra que *"Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la **pensión de vejez**, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años."* (Énfasis añadido).

32. A su turno, el principio **in dubio por operario** (favorabilidad en sentido amplio) implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso, permiten la adscripción de *diversas interpretaciones* razonables dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico sobre cuál hermenéutica escoger[9]. En esta hipótesis el intérprete debe elegir la interpretación que mayor amparo otorgue al trabajador[10].

33. Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio in dubio pro operario lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica. Para la Corte Constitucional "*la "duda"* que da lugar a la aplicación de los principios de favorabilidad e in dubio pro operario "*debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva".*[11] Igualmente, la Sala precisa que la duda que surge en este contexto es de carácter normativo, por esa razón no es posible la utilización de estos principios en caso de incertidumbre sobre la ocurrencia de un aspecto fáctico, esto es, en el escenario de la prueba de los hechos[12].

---

[9] Para una mejor comprensión de esta figura es necesario recordar la habitual distinción entre disposición y norma jurídica empleada por esta Corporación. En esa dirección, la Corte ha precisado que una misma disposición jurídica puede contener diversas normas jurídicas o interpretaciones. La norma jurídica en realidad es el resultado de la disposición jurídica interpretada. Al respecto, es necesario tener en cuenta que las expresiones texto legal, disposición jurídica y enunciado normativo, son sinónimas; y que los términos norma jurídica, contenido normativo e interpretación, lo son igualmente entre sí. Para mayor ilustración conviene traer a cita un fragmento de la sentencia C-987 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas), en la que se precisó: *"Hay que acudir a la distinción, acogida por la doctrina y frecuentemente empleada por esta Corporación entre disposición y norma pues es claro que con frecuencia el control de constitucionalidad no recae sobre un texto legal (disposición o enunciado normativo) sino sobre su interpretación (norma o contenido normativo), por lo tanto, en principio no siempre que la demanda de constitucionalidad verse sobre la interpretación de una disposición resultaría infundada, sin embargo, la interpretación que se acusa debe ser plausible y además debe desprenderse del enunciado normativo acusado. La falta de estas características se traduce en la ausencia del requisito de certeza en la formulación de los cargo".*

[10] La Sala de Casación Laboral ha circunscrito esta posibilidad a la duda que surge al interpretar una misma disposición jurídica. Sin embargo, en criterio de la Sala la posibilidad de incertidumbre en el marco interpretativo también se presenta ante la presencia de una pluralidad de disposiciones jurídicas, pues no en pocos casos el intérprete se ve forzado a derivar una norma jurídica a partir de distintos textos legales.

[11] Cfr. Sentencia T-1268 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda).

34. Es necesario aclarar, asimismo, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la distinción formal y sustancial que se presenta entre los principios de favorabilidad e in dubio pro operario[13]. Sin embargo, debido a la estrecha similitud de ambos conceptos y su confección en el artículo 53 superior[14], ha empleado una terminología única para explicar sus alcances. En esa línea, en sentencia T-1268 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda) la Corte estimó que *"La favorabilidad opera no sólo cuando existe conflicto entre dos [disposiciones jurídicas] de distinta fuente formal, o entre dos [disposiciones jurídicas] de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola [disposición jurídica] que admite varias interpretaciones dentro de los parámetros de razonabilidad y partiendo de la jurisprudencia y doctrina pertinentes".*

En el año 2014, en la Sentencia T-730, la Corte Constitucional se refirió nuevamente al principio de favorabilidad y al de *in dubio pro operario*, considerando lo siguiente:

"6.4.1. Los principios de favorabilidad e *in dubio pro operario*

El principio de favorabilidad *"se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal"**[41]***. Determina *"en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador"*[42].

Sobre su aplicación, ha dicho este Tribunal Constitucional lo siguiente:

"[S]e aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe

[12] Esta imposibilidad de aplicar los principios de favorabilidad e in dubio pro operario en el escenario de la prueba de los hechos no se opone, sin embargo, al uso de estándares flexibles en materia probatoria laboral y de la seguridad social.

[13] En ese sentido en sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte indicó lo siguiente: *"El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el **principio de favorabilidad**, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. **Dicho principio difiere del "in dubio pro operario"**, según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador"* (énfasis añadido).

[14] El siguiente es el texto del artículo 53 de la Constitución Política: *"El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.||El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.||Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.|| La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".*

emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.

29. El legislador desarrolló el principio de favorabilidad en armonía con el criterio de conglobamento en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos: "Normas más favorables.En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas ***vigentes*** *de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador.* ***La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad****" (énfasis añadido). En acuerdo con el anterior precepto, el artículo 20 del mismo cuerpo normativo expresa: "Conflictos de leyes. En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquéllas". Cabe precisar, sin embargo, que el criterio de inescindibilidad o conglobamento no es absoluto y por ello admite diversas limitaciones atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad analizables en cada caso concreto (Infra 59 y 60)"****[43]****.* (Negrita original).

6.4.2. Sobre el principio *in dubio por operario****[44]*** (favorabilidad en sentido amplio), se dijo en la jurisprudencia ya citada que:

*"[I]mplica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso, permiten la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico sobre cuál hermenéutica escoger****[45]****. En esta hipótesis el intérprete debe elegir la interpretación que mayor amparo otorgue al trabajador****[46]****.*

*33. Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio in dubio pro operario lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica. Para la Corte Constitucional "la "duda" que da lugar a la aplicación de los principios de favorabilidad e in dubio pro operario "debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva".****[47]*** *Igualmente, la Sala precisa que la duda que surge en este contexto es de carácter normativo, por esa razón no es posible la utilización de estos principios en caso de incertidumbre sobre la ocurrencia de un aspecto fáctico, esto es, en el escenario de la prueba de los hechos****[48]****"****[49]****.*

Es menester aclarar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la distinción que se presenta entre los principios de favorabilidad e *in dubio pro operario*[50]. Sin

embargo, "*debido a la estrecha similitud de ambos conceptos y su confección en el artículo 53 superior**[51]**, ha empleado una terminología única para explicar sus alcances*"**[52]**. Así, ha dispuesto que "*[l]a favorabilidad opera no sólo cuando existe conflicto entre dos [disposiciones jurídicas] de distinta fuente formal, o entre dos [disposiciones jurídicas] de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola [disposición jurídica] que admite varias interpretaciones dentro de los parámetros de razonabilidad y partiendo de la jurisprudencia y doctrina pertinentes*"**[53]**.

6.4.3. El principio de la condición más beneficiosa

El operador judicial debe acudir al criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa en favor del afiliado o beneficiario de la seguridad social, para analizar los asuntos sometidos a su conocimiento.

Tanto la Corte Constitucional, como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, han sostenido que el principio de la condición más beneficiosa se encuentra plasmado en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la legislación nacional.

La Corte Constitucional, en la construcción de dicho principio, señaló en la Sentencia C-168 de 1995 lo siguiente:

"*De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.*

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas

laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador".

La anterior providencia hizo carrera y ha sido reiterada, entre otras oportunidades, por este Tribunal, así:

*"[...] [E]l principio de la "condición más beneficiosa" se complementa con el de favorabilidad, consagrado expresamente en los artículos 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo**[54]**, para ampliar el espectro de protección de los derechos del trabajador. De acuerdo con el último en mención, frente a la interpretación disonante de una o varias normas que regulan de manera diferente el mismo supuesto de hecho, el operador jurídico está obligado a acoger la más favorable a los intereses del trabajador. Así, a juicio de la Corte. 'la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones [...]'**[55]***.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que el principio de la condición más beneficiosa encuentra respaldo en el ordenamiento constitucional y en los Convenios sobre derechos humanos laborales ratificados por Colombia, en particular en el artículo 53 Superior y el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT, respectivamente. En ese sentido ha señalado lo siguiente:

*"Como lo ha puesto de presente esta Corporación en otras ocasiones, el legislador tradicionalmente ha protegido la <condición más beneficiosa> aunque la misma no se halle expresa y claramente instituida en una norma o precepto legal, ello mediante la consagración de regímenes razonables de transición que procuran mantener los aspectos favorables de la normatividad social modificada o abolida y **proteger los derechos adquiridos o las expectativas legítimas de los trabajadores o afiliados a la seguridad social**; al igual que al establecer categóricamente tanto el constituyente como el legislador, que la nueva ley no puede "**menoscabar** la libertad, la dignidad humana **ni los derechos de los trabajadores**" (resalta la Sala) para el presente caso -afiliados y sus beneficiarios-, conforme se desprende de lo expresado en el**último inciso** del artículo 53 de la Carta Superior y del artículo 272 de la Ley 100 de 1993.||Es por lo dicho, que al interior de esta Sala de Casación se ha venido aceptado la <condición más beneficiosa> como un **principio legal y constitucionalmente aplicable a asuntos de seguridad social**, en especial en materia pensional.*

Es más, remitiéndose esta Corporación a las fuentes y acuerdos vinculantes de índole internacional del derecho al trabajo, incorporados a nuestro ordenamiento interno como Estado miembro a través de la ratificación de los respectivos convenios o tratados

*internacionales en los términos de los artículos 53, 93 y 94 de la Carta Política, y que pasan a integrar el bloque de constitucionalidad, es dable destacar que los mandatos de la Organización Internacional del Trabajo OIT no se oponen a la aplicación de la**condición más beneficiosa** y por el contrario son compatibles con la orientación que a esta precisa temática le viene dando la Sala, al señalar en el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT que "En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, **menoscabará** cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo **que garantice a los trabajadores condiciones más favorables** que las que figuren en el convenio o en la recomendación"* [56]. (Énfasis y subrayado, en el original).

Del mismo modo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, extractó los contenidos fundamentales de dicho principio y explicó las diferencias y similitudes con los principios de favorabilidad e *indubio pro operario*:

"*La condición más beneficiosa, tiene adoctrinado la Sala, entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente para el momento en que las satisfizo. En ese horizonte, ha enseñado esta Corporación que tratándose de derechos que no se consolidan por un solo acto sino que suponen una situación que se integra mediante hechos sucesivos, hay lugar al derecho eventual, que no es definitivo o adquirido mientras no se cumpla la última condición, pero que sí implica una situación concreta protegida por la ley, tanto en lo que atañe al acreedor como al deudor, por lo que supera la mera o simple expectativa.||4°) Los principios de favorabilidad e indubio pro operario difieren de la condición más beneficiosa.||El primero se presenta en caso de duda sobre **la aplicación** de normas **vigentes** de trabajo.||Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la **aplicación** de dos o más normas, entendidas éstas como "un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica"; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza integramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo.||A contrario sensu, el principio in dubio pro operario, se presenta cuando frente **a una misma norma laboral** surgen **varias interpretaciones** sensatas, la cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador. Además, tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la*

valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba.||Por último, la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora.||Por lo brevemente expuesto se concluye que, si bien todas las reglas en precedencia son manifestaciones palpables de los postulados proteccionistas y tuitivos del derecho laboral y de la seguridad social, difieren entre si, por que, se reitera, la primera, se refiere al conflicto o duda sobre la ***aplicación de normas vigentes*** *de trabajo, la segunda alude a duda en la* ***interpretación de una norma*** *y, la tercera, a la sucesión normativa, que implica la verificación entre* ***una norma derogada y una vigente****"[57]*. (Énfasis y subrayado en el original).".

En los anteriores términos dejamos expuestas nuestras consideraciones sobre el tema objeto de consulta.

Atentamente,

PEDRO ANDRÉS CUÉLLAR TRUJILLO
Director Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos (E)

c.c. N.A.

Anexos: N.A.

Proyectó: Duvan Sandoval Rodríguez
Revisó: Pedro Andrés Cuéllar Trujillo